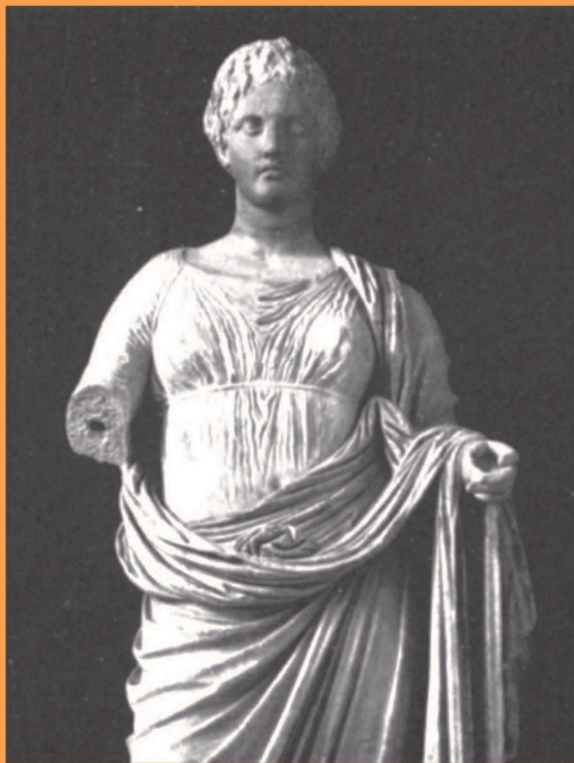


ULFRIED NEUMANN



La pretensión de verdad en el derecho

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

SERIE DE TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

N
38

Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N.º 38

La pretensión de verdad en el derecho

Universidad Externado de Colombia

Rector

Fernando Hinestrosa

**SERIE DE TEORÍA JURÍDICA
Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
N.º 38**

Serie orientada por

Luis Villar Borda

Director del

Departamento de Gobierno Municipal

Editor

Camilo Calderón Schrader

ULFRIED NEUMANN

**La pretensión de verdad
en el derecho
y tres ensayos sobre Radbruch**

TRADUCCIÓN
MAURICIO HERNÁNDEZ

REVISIÓN
LUIS VILLAR BORDA

Universidad Externado de Colombia

ISBN 958-616-999-5

ISBN 978-958-710-507-0 E-BOOK

© **ULFRIED NEUMANN, 2006**

© **UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2006**

Derechos exclusivos de publicación y distribución

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá - Colombia

Tel. (57 1) 342 0288

www.uexternado.edu.co

Primera edición: enero de 2006

Ilustración de cubierta: *La diosa del derecho*, Museo Arqueológico de Atenas

Composición: Departamento de Publicaciones

Impresión y encuadernación: Digiprint editores

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

CONTENIDO

Presentación	11
Capítulo primero	
La verdad en el derecho	
I. Introducción	13
II. Pretensiones de verdad en el sistema jurídico	19
1. “El optimismo sobre la verdad” y el escepticismo sobre la verdad, en el derecho	19
2. Modelos de verdad	22
a. La correspondencia entre aserción y hechos (teoría de la correspondencia)	22
b. El problema de los “hechos” jurídicos	25
c. Teorías semánticas de la verdad	34
d. Juicio intermedio	35
e. La teoría del consenso	36
f. Teoría de la coherencia	41
g. La sustentabilidad como criterio de verdad	42
3. La teoría de la única decisión correcta	52
a. Interpretación ontológica	52
b. La interpretación como idea regulativa	55
III. Respecto a la función de las pretensiones de verdad en el sistema jurídico	57
1. Legitimación mediante la verdad vs. legitimación mediante la autoridad	57
a. Legitimación de la decisión mediante la personalidad del juez	58
b. La legitimación de la decisión mediante la autoridad institucional	60
2. La “verdad” como potencial crítico	66
a. La ciencia jurídica y la práctica jurídica	66

b. La administración y la función jurisdiccional administrativa	71
c. El control jurídico interno de lo correcto: “Lo correcto” vs “la sustentabilidad”	72
3. Respecto a la problemática de la institucionalización de las pretensiones de verdad en el derecho	77
a. Perspectiva “interna” y perspectiva “externa”	77
b. La “competencia móvil” y el juez legítimo	79
c. El efecto retroactivo del cambio en la jurisprudencia de los tribunales penales	80
IV. Resumen	85
Capítulo segundo	87
La contribución de Gustav Radbruch a la reforma del derecho penal	87
I. Introducción	87
II. La posición de Radbruch en el “enfrentamiento de escuelas”	91
III. La reforma del sistema de sanciones	96
IV. Descriminalización y neocriminalización	100
V. Los principios del derecho penal de Estado de derecho	104
Capítulo tercero	111
La teoría de la ciencia jurídica en Hans Kelsen y Gustav Radbruch, dos perspectivas neokantianas	111
I. Introducción: La teoría pura del derecho y el neokantismo	111
1. Ambivalencias	111
2. Coincidencia	115
a. El rechazo del monismo metódico	116
b. El rechazo al realismo jurídico	116
c. Constitución de la realidad mediante el método	118
3. Diferencias	119
II. La ciencia jurídica como ciencia cultural (Radbruch)	121
1. La ciencia jurídica bajo la perspectiva de la Escuela de Heidelberg	121
2. La ciencia jurídica como ciencia normativa (aspecto del método)	123

3. La ciencia jurídica como ciencia cultural (aspecto del objeto)	125
4. Respecto a la relación entre objeto y método: el intento de solución de Radbruch	127
III. La ciencia jurídica como ciencia normativa pura (Kelsen)	128
1. Ciencia normativa vs. Ciencia cultural	129
2. Método referente al valor y método de valoración	130
3. La función constitutiva del objeto del método	134
4. La sistemática de las ciencias	137
5. Normativismo y positivismo	139
IV. El alcance del dualismo metódico	142
Capítulo cuarto	147
El Radbruch de Ralf Dreier	147
I. Introducción	147
II. La crítica de Hart a Radbruch y la defensa de Dreier	150
1. La vigencia del derecho y la obligación moral de obediencia al mismo	150
2. La función teórico-científica del concepto del derecho	155
3. La “tesis de la indefensión”	156
4. Un problema sin resolver	158
III. Constancia y cambio en la comprensión del derecho de Radbruch	159
1. De la tesis de discontinuidad hasta la de continuidad	159
2. La referencia constitutiva del derecho sobre la idea jurídica	162
a. Función metodológica o normativa de la referencia al valor del derecho	163
b. Justicia formal y justicia material	165
c. La relativización del relativismo	167
3. Cambios en la teoría de los partidos de Radbruch	169
IV. La Fórmula de Radbruch y la prohibición de retroactividad	171
1. La Fórmula de Radbruch, ¿protección a la prohibición de retroactividad?	171
2. La Fórmula de Radbruch, ¿trasgresión de la prohibición de retroactividad?	173
Índice onomástico	179

PRESENTACIÓN

De la misma manera como el concepto de la verdad ha sido uno de los temas más controvertidos de la filosofía, desde la definición clásica sobre la verdad objetiva hasta la completa negación de la posibilidad de acceder a ella, la pretensión de verdad en el derecho constituye un punto central de la filosofía jurídica. También en este campo las posiciones van del optimismo al escepticismo, pasando por posturas intermedias. Así podemos comprobarlo al revisar las variadas teorías, entre ellas principalmente la de la correspondencia, la del consenso, la de coherencia, la de convergencia, todas ellas en función de la argumentación.

La importancia que este debate tiene en especial para juristas y estudiosos del derecho no necesita ser subrayada. El creciente interés en torno a las teorías de la argumentación así lo indica.

De ahí el valor de la presente contribución del profesor ULFRIED NEUMANN y la atención con que, estamos seguros, será seguida en el ámbito hispanoamericano.

El profesor NEUMANN es un destacado catedrático de la Universidad de Frankfurt/Main en derecho penal, filosofía del derecho y sociología jurídica, con larga trayectoria docente en otras universidades alemanas. Se ha desempeñado, como presidente de la Sección alemana de la Asociación internacional de filosofía jurídica y social (IVR), y presidente de la Funda-

ción Gustav Radbruch. El profesor NEUMANN es experto de la Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) para el derecho y la filosofía política y coeditor de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, así como de *Archives for legal philosophy and sociology of Law*. Sus más importantes publicaciones son: *Rechtstheorie und Juristische Argumentation*, 1979; *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, 1980; *Zurechnung und "Vorverschulden"*, 1985; *Juristische Argumentationstheorie*, 1986; y numerosos ensayos sobre derecho penal, filosofía del derecho, teoría jurídica y sociología del derecho.

En esta obra el profesor NEUMANN incursiona también en otros aspectos de la ciencia jurídica, ocupándose de las doctrinas de los más relevantes juristas de lengua alemana en el siglo XX: HANS Kelsen con su *Teoría Pura del Derecho* y GUSTAV RADBRUCH y su *Filosofía del derecho*, ambas de estirpe neokantiana. Su ensayo sobre el RADBRUCH de RALF DREIER y la contribución a la reforma del derecho penal complementan el cuadro sobre las diversas facetas de este eminente pensador.

La Universidad Externado de Colombia, en particular su Rector, doctor FERNANDO HINESTROSA, agradecen al profesor NEUMANN su generosa colaboración a la Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, que da continuidad a una estrecha y fructífera relación con maestros alemanes de la ciencia jurídica.

LUIS VILLAR BORDA

Bogotá, octubre de 2005

CAPÍTULO PRIMERO

LA VERDAD EN EL DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

Si la verdad de hecho es “la invención de un mentiroso”¹, una doble hipoteca moral recaería sobre el discurso de la verdad en el derecho, debido a que en el campo del derecho se unen, necesariamente, el reproche de la asunción hipócrita de la verdad, con el de una legitimación improvisada, subrepticia. Las pretensiones de verdad en el derecho están ligadas de un modo inseparable con las de legitimidad. Una justificación más comprometedora de una declaración jurídica no es siquiera pensable al interior de un sistema jurídico racional, sustentado mucho más en lo cognitivo que en la autoridad. Una concepción jurídica falsa debería, en las palabras de RADBRUCH, “palidecer [...] como el error desentrañado frente a la verdad develada”². Y un sistema jurídico en verdad debería palidecer, o ruborizarse, si llegara a rebasar su crédito de legitimación sin posibilidad de llegar a cubrirlo con pretensiones de verdad irrealizables.

¹ Cfr. FOERSTER y PÄRKSEN. *Warheit ist die Erfindung eines Lügners, Gespräche für Skeptiker*, 1998.

² RADBRUCH. *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed., 1932, *Gustav Radbruch-Gesamtausgabe (GRGA)* t. 2, p. 241 (referido allí por al problema del derecho natural).

Pero también debido a motivos de la teoría del conocimiento la pregunta sobre la verdad en el derecho lleva a un terreno peligroso. Amenaza la risotada sarcástica de un observador póstumo que hace siglos reflexionó sobre la búsqueda de un criterio general de verdad, con comentarios de burla: “Ya es una grande y necesaria prueba de la sabiduría o del sentido común saber lo que uno debería preguntar de manera sensata. Pues cuando la pregunta en sí misma es incongruente y exige respuestas innecesarias, entonces tiene, además de la vergüenza de quien la plantea, la desventaja de llevar al desprevenido escucha a respuestas incoherentes y generar así la risible perspectiva de alguien que (como dicen los viejos) ordeña al cabro, mientras el otro sostiene una coladera debajo”³.

Hoy en día nadie haría la pregunta “¿Qué es la verdad?”, en contra de la cual KANT dirige su burla, planteada de esa forma. Con justicia está desacreditada como esencialista. Eso significa que si se renuncia a un concepto de la realidad lleno de énfasis y difícil de asir, como el que subyace al discurso de la realidad del arte⁴ o de la “alta verdad” de una obra de arte determinada, la “verdad” debe comprenderse como una característica de las aserciones. Así, en lugar de la pregunta “¿Qué es la verdad?” surge el interrogante mucho más modesto sobre bajo qué sentido y circunstancias las aserciones, sin tener que esperar a ser tildadas de mentira, pueden ser calificadas de “ciertas”.

³ KANT. *Kritik an de reinen Vernunft*, A 58, B 83; citado según KANT. *Werke* edición especial (WEISCHEDEL ed.), 1981.

⁴ Cfr. DERRIDA. *La vérité en peinture*, 1978; GADAMER. *Warheit und Methode*, 4.^a ed., 1975, pp. 77 y ss.

A esa pregunta deseo hacerle un seguimiento a continuación, en el campo de los enunciados jurídicos. Bajo enunciados jurídicos deben comprenderse afirmaciones sobre el derecho, es decir, aquellas hechas sobre el derecho válido. De modo que se trata de aserciones hechas a diario, de un modo inabarcable, en la práctica jurídica, tales como: “un arma en el sentido del § 250 II nr. 1 Código Penal alemán, también es una pistola de salva”, o: “El artículo 2.º, párrafo 2, frase 1 de la Ley Fundamental de Alemania, también protege a la vida humana aún no nacida”, pero también: “El matrimonio llevado a cabo por la señora A y el señor B es legal”. Como lo demuestra el último ejemplo, aquí las afirmaciones sobre el derecho no sólo son aserciones sobre reglas jurídicas, sino también comprobaciones sobre circunstancias jurídicas específicas.

No se incluye en la pregunta sobre la relación entre el derecho y la verdad, hasta qué punto éste tolera mentiras o las sanciona, o hasta qué punto lanza pretensiones de verdad por cuenta propia, como orden constitucional⁵. Finalmente, quedan fuera de discusión afirmaciones relevantes a nivel jurídico sobre circunstancias ajenas al derecho, en especial comprobaciones sobre la “cuestión de hecho”. En los últimos años el cuestionamiento del potencial de verdad del hecho fáctico forense comprobado⁶ ha llegado al campo de discusión, en especial en el contexto del debate sobre los fundamen-

⁵ Respecto a pretensiones de verdad en el Estado constitucional, HÄBERLE. *Warheitsprobleme im Verfassungsgstaat*, 1995; íd. “Warheitsprobleme im Verfassungsgstaat - eine Zwischenbilanz”, en *Hollerbach-FS 2001*, pp. 15 y ss.

⁶ Entre los nuevos textos al respecto, cfr. GRÄNS. *Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile*, 2002.

tos del proceso penal. El enfrentamiento del que aquí se trata se puede caracterizar con la alternativa entre la “reproducción” y la “construcción” de las circunstancias. Mientras que los “realistas” interpretan lo comprobado sobre las circunstancias como el reflejo de un hecho objetivamente dado, los “constructivistas” insisten en que la así llamada comprobación de los hechos es el resultado de una interpretación y por ende se constituye de momentos interactivos⁷. Yo me aparto de ese problema, que no es un problema específico de la comprobación de hechos en el contexto jurídico, y me limito, hablando a modo procesal, al campo de la cuestión jurídica.

Y justo para ese campo ha de considerarse si, de entrada, en vez de hablar de una pretensión o exigencia de verdad, debería hablarse sobre una pretensión de lo correcto. Quiero responder a esa pregunta de modo negativo. La relación entre los conceptos de “realidad” y “corrección” no es nada clara pues son usados, parcialmente, en el sentido de la catalogación previa, pero también se usan como sinónimos⁸. Así mismo el cercano criterio intuitivo de la diferenciación demuestra, finalmente, no poder generar consenso: aunque

⁷ Cfr. por un lado GÖSSEL. *Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?*, 2000; por otra parte KARGL. “Warheit und Wirklichkeit im Begriff der ‘falschen Aussage’ (§ 153 ss. StGB)”, GA 2003, pp. 791 y ss.; respecto a la discusión, adicionalmente, NEUMANN. “Funktionale Wahrheit im Strafverfahren”, en SCHOLLER y PHILLIPS (eds.). *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 73 y 78; LORENZ SCHULZ. *Normiertes Misstrauen. Der Verdacht im Strafverfahren*, 2001, pp. 434 y ss.; STAMP. *Die Wahrheit im Strafverfahren*, 1998.

⁸ Pruebas de ello en ENGISCH. *Warheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, 1963, p. 4.

podría ser una meta alcanzar unidad sobre que la verdad no puede graduarse en el sentido del concepto aquí presupuesto, la posibilidad de escalafonar un concepto de lo correcto no es reconocida de manera constante⁹. Por otra parte, la tematización de la pretensión de verdad en el derecho hace posible la conexión entre la discusión jurídico-filosófica y la filosófica, en la que la pretensión de lo correcto de las normas de comportamiento y los juicios de la razón práctica es discutida en el contexto de diferentes conceptos y teorías de la verdad. Finalmente el concepto de la verdad, justo por su indiscutida fuerza, que se opone a cualquier graduación, podría ser más propio como el trasfondo de una discusión crítica sobre las pretensiones de certeza en el derecho, que el concepto, tendenciosamente más tolerante en ese punto, de lo correcto¹⁰.

El problema del potencial de verdad de las afirmaciones jurídicas no solo funge como problema de la filosofía del derecho a ser tratado por sí mismo. Tiene consecuencias sensibles para la comprensión sociológica del derecho, del sistema jurídico y de la repartición de poderes¹¹. En ese sentido también se trata, en lo siguiente, de la *función* de las pretensiones de verdad en el derecho. Si hoy en día, conectada a RONALD DWORKIN, la teoría de la única decisión correcta vuelve

⁹ Lo rechaza DECKERT. "Recht und Wahrheit", *ARSP* 82, 1996, pp. 43 y 44.

¹⁰ En contra de la sustitución del concepto de la verdad por el de lo correcto en el contexto previo cfr. también POSCHER. *Wahrheit und Recht*. Sobre la utilidad de teorías de la verdad deflacionarias para el derecho, *ARSP* 89, 2003, y pp. 200 y 214.

¹¹ Respecto a ese punto de vista cfr. LORENZ SCHULZ. *Normiertes Misstrauen*, cit., p. 273.

a ganar sustrato, no es porque tenga de su lado los mejores argumentos teórico-cognitivos, frente a la tesis de una mayoría de decisiones sustentables. Más bien se trata de la cuestión práctica acerca de la capacidad del control posible, mediante la justicia, sobre las decisiones de autoridades públicas y judiciales, pero también por medio de la ciencia jurídica. Las pretensiones de verdad y de corrección hacen a las decisiones jurídicas vulnerables a la crítica. De esto sacan ventaja especialmente los críticos que carecen de poder institucional, como por ejemplo los representantes de la ciencia jurídica académica. La afirmación de que uno debería asirse al modelo de la única decisión correcta como “idea regulativa” no solo apunta a la actuación del individuo “que aplica la ley”, sino a las condiciones de comportamiento del sistema jurídico en su totalidad.

Por otra parte es claro que las pretensiones de verdad y corrección problemáticas para la teoría del conocimiento, no pueden simplemente ser aisladas de una discusión crítica mediante su traslado al campo de las ideas regulativas. Es por esto que a continuación voy a trabajar en dos etapas. En la primera, trataré de la cuestión de qué tanto y en qué sentido puede hablarse de verdad o de lo correcto, en el campo de afirmaciones generales o singulares del derecho (o sea de afirmaciones sobre normas jurídicas por una parte y, por otra, sobre la “posición jurídica” en el caso individual). En la segunda etapa voy a tratar las consecuencias prácticas que se derivan para el sistema jurídico de la respuesta a esa pregunta, en un sentido amplio, y voy a discutir si en la perspectiva de esas consecuencias existe la posibilidad de que haya que mantenerse apegado, de modo contra-fáctico, a las pretensiones de verdad de las afirmaciones jurídicas.

II. PRETENSIONES DE VERDAD EN EL SISTEMA JURÍDICO

1. El “optimismo sobre la verdad” y el escepticismo sobre la verdad en el derecho

La cuestión de si y en cuál sentido se puede hablar con respecto a afirmaciones jurídicas de verdad no solamente es muy discutida en la disciplina científica de la filosofía del derecho. También es tratada, de manera extremadamente diferente, en distintas áreas de la práctica jurídica. Así, la práctica de los juzgados de revisión parte, como si fuera obvio, de que las decisiones de los juzgados de instancia deben ser valoradas según las categorías “correcta” y “falsa” y de que solo una decisión puede ser correcta; todas las demás tienen que ser erróneas¹². Pues el juez que actuando como juez de revisión sobre una decisión tomada el día anterior cataloga el tipo legal de asesinato como delito independiente en relación al homicidio no premeditado y declara la concepción de la ciencia jurídica como simplemente falsa¹³, al día siguiente, en un examen estatal jurídico, va a valorar la posición contraria como al menos sustentable. Junto a las categorías de “correcto” y “falso” aparece entonces la tercera categoría de la sustentabilidad. De modo correspondiente, el profesor que la tarde anterior denominó la estricta teoría de la culpa como una vía errónea, va a aceptarla como sustentable en la co-

¹² Sobre ello trataremos más adelante.

¹³ Respecto a la discusión entre jurisdicción y literatura jurídica cfr. ESER, en SCHÖNKE y SCHRÖDER (eds.). *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., 2001, n.º m. 5 antes de § 211 y ss.; NEUMANN, en *Nomos-Kommentar zum StGB*, n.º m. 141 ss.